

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29328-per-poter-ricorrere-all-integrazione-documentale-occorre-che-il-bando-di-gara-presenti-profili-di-ambiguit-e-che-l-irregolarit-non-sia-sanzionata-a-pena-di-esclusione>

Autore: Lazzini Sonia

Per poter ricorrere all'integrazione documentale, occorre che il bando di gara presenti profili di ambiguità e che l'irregolarità non sia sanzionata a pena di esclusione

Tar Lazio, Roma, 19.03.2010 n. 4350

**Per poter ricorrere all'integrazione documentale,
occorre che il bando di gara presenti profili di
ambiguità e che l'irregolarità non sia sanzionata
a pena di esclusione**

a norma dell'art. 38, comma 1, lett. c) del DLgs n. 163/06, l'onere della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti in parola incombe, ove si tratti di società di capitali o di consorzi, sugli amministratori muniti di potere di rappresentanza oltre che sui direttori tecnici

Dalla congiunta lettura del bando e della lettera di invito, dunque, risulta con chiarezza la sussistenza dell'onere di attestare, in una qualunque fase della gara, il possesso dei requisiti di moralità da parte delle imprese consorziate indicate quali esecutrici dell'appalto, recando la lex specialis di gara una specifica prescrizione in tal senso e pertanto l'interpretazione seguita dalla Commissione di gara deve considerarsi immune dai vizi denunciati

Tale onere attestativo, peraltro, oltre che dalle richiamate clausole di gara, discende anche dalle norme di legge in materia di pubbliche gare ed è affermato anche dalla costante giurisprudenza amministrativa. Invero, secondo la regola generale posta per tutti i tipi di consorzi, siano essi stabili, di cooperative o ordinari, nelle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi i consorzi sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre (artt. 36, comma 5, e 37, comma 7, del D.Lgs n. 163/2006).

Conseguentemente, il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico e della moralità, va documentato e verificato non solo in capo al consorzio, ma anche in capo alle singole imprese consorziate designate quali esecutrici del servizio. Pertanto, quale che sia la forma del consorzio, "è fuori discussione che esso debba dare la dimostrazione, nei modi previsti, del possesso dei requisiti di tutti i consorziati che vengano individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto" (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 21.4.2008, n. 1778; id., 7.4.2008, n. 1485),

Parimenti infondata è la censura con la quale si lamenta la violazione del principio della massima partecipazione alla gara pubblica. A tal riguardo, il Collegio ha ben presente che la giurisprudenza ammette il ricorso a tale principio solo in presenza di disposizioni ambigue, di non pacifica interpretazione, consentendo un'interpretazione delle disposizioni che regolano la gara la quale consenta la più ampia ammissione dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2001, n. 6250). Tuttavia, nel caso di specie tale principio non poteva essere invocato per impedire l'esclusione dell'offerta della ricorrente da un lato perché, per le considerazioni già svolte, nessuna ambiguità era presente nella lex specialis di gara, dall'altro in quanto, come affermato dal giudice di seconde cure, il principio di massima partecipazione si pone come criterio ermeneutico sussidiario e residuale, applicabile solo in assenza di un'espressa comminatoria di esclusione – ad opera della legge o del bando di gara - mentre recede a fronte del criterio formale che contempla il possesso e/o la documentazione di un determinato requisito di partecipazione "pena l'esclusione" (CGA, Sez. giur., 20.5.2005, n. 448). Diversamente ritenendo, la normativa sui consorzi si tradurrebbe in uno strumento idoneo a consentire, mediante aggregazione in forma consortile di società prive dei requisiti di legge per la partecipazione alle gare pubbliche, l'aggiornamento di inderogabili prescrizioni normative discendenti dai principi generali delle procedure di evidenza pubblica (Cons. St., Sez. V, 30.1.2002, n. 507).

Priva di pregio appare altresì l'ulteriore censura secondo la quale, dinanzi alla asserita carenza documentale della ricorrente, la Commissione avrebbe dovuto consentire l'integrazione documentale, ai sensi dell'art. 46 del DLgs n. 163/2006.

Tale norma prevede che "Nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

Tuttavia, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, seguito anche da questa Sezione (Sent. 11.4.2005, n. 2640), l'integrazione documentale è ammissibile qualora si sia in presenza di documenti originariamente incompleti, perché in tal caso non si arreca alcun pregiudizio alla par condicio tra i concorrenti; nel caso invece della assoluta mancanza di dichiarazioni previste nel bando a pena di esclusione e che attengono a requisiti essenziali per la partecipazione alla gara, l'integrazione documentale – a sanatoria di un errore originario nella presentazione della domanda –verrebbe ad incidere sulla par condicio tra i concorrenti, violando il principio di imparzialità che vige nello svolgimento delle gare. È pertanto "la regolarizzazione documentale può essere consentita quando i vizi siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore solo materiale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti che non sono richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma che si tradurrebbero in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della par condicio" (Consiglio Stato, Sez. V, 22.10.2007, n. 5511; id., IV, 19.6.2006, n. 3660).

La giurisprudenza amministrativa ha infatti rilevato che il limite del potere di integrazione documentale nelle gare è costituito proprio dal rispetto della par condicio dei concorrenti, con la conseguenza che la richiesta di integrazione e di chiarimenti non deve tradursi in un'indebita sostituzione della stazione appaltante alla diligenza esigibile, da parte di tutti i concorrenti alla procedura selettiva, a produrre la completa documentazione: pertanto il potere integrativo non è estensibile all'ipotesi di presentazione di documenti nuovi oltre il termine fissato dal bando di gara (T.A.R. Marche 28.10.2003, n. 1281; T.A.R. Lazio, sez. III, 11.3.2003, n. 1833).

Per completezza d'analisi, giova aggiungere che in ogni caso, per poter ricorrere all'integrazione documentale, occorre che il bando di gara presenti profili di ambiguità e che l'irregolarità non sia sanzionata a pena di esclusione, elementi questi che, come già rilevato, non ricorrono nel caso di specie.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 4350 del 19 marzo 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma ed in particolare il seguente passaggio:

< Con la seconda censura parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 26, comma 6, del DLgs n. 81/2008, recante norme sulla "tutela della salute e sicurezza dei luoghi di lavoro", per avere Ferservizi s.p.a. omissis la prescritta indicazione nel bando di gara dell'entità degli oneri relativi alla sicurezza.

Il rilievo non appare convincente, in quanto la procedura di gara riguardava l'affidamento di un accordo quadro che, come tale, non comportava oneri per la sicurezza; in quello stadio della procedura, pertanto, non si rendeva applicabile la disposizione invocata dalla ricorrente, mentre gli oneri per la sicurezza sarebbero stati quantificati successivamente, in relazione a ciascun contratto stipulato in applicazione del contratto quadro in questione.>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 4350 del 19 marzo 2010 del Tar Lazio, Roma

N. 04350/2010 REG.SEN.

N. 08657/2009 REG.RIC.

N. 10241/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

a) - sul ricorso numero di registro generale 8657 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Società Ricorrente S.r.l. , in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria Capogruppo dell'ATI costituita con Ricorrente due Ristorazione e Servizi S.r.l., Consorzio DLF Ricorrente, Consorzio Ricorrente due S.r.l., Consorzio Ricorrente tre S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Adolfo Mario Balestreri e Mario Racco, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, v.le G. Mazzini, 114/B;

contro

Ferservizi S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Vinti e Ferruccio Barone, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Emilia, 88;

nei confronti di

Controinteressata C. S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Bellocchio, Giustino Ciampoli e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;
Qui! Group S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:
Associazione Nazionale Dopolavoro Ferroviario, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. ti Massimo Pallini e Sergio Vacirca, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Flaminia, 195;

b) - sul ricorso numero di registro generale 10241 del 2009, proposto da: Ricorrente due Ristorazione e Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., e Ricorrente due Consorzio S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dagli avv.ti Adolfo Mario Balestreri e Mario Racco, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, v.le G. Mazzini, 114/B;

contro

Ferservizi S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Vinti e Ferruccio Barone, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Emilia, 88;

nei confronti di

Controinteressata C. S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Bellocchio, Giustino Ciampoli e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;
Qui! Group S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

In entrambi i ricorsi per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della nota AD/PRT/P/2009/D06030 di Ferservizi s.p.a., in data 7 ottobre 2009, recante: a) comunicazione di esclusione dell'offerta del Raggruppamento costituito dalle Imprese ricorrenti dalla procedura negoziata per l'istituzione di un "accordo quadro" con un unico operatore per lo svolgimento del "servizio di ristorazione ai dipendenti del Gruppo FS attraverso una rete di circa 120 mense e circa 380

esercizi sostitutivi di mensa ubicati nelle immediate vicinanze di stazioni e impianti ferroviari”; b) contestuale comunicazione dell’aggiudicazione dell’appalto disposta in favore del Raggruppamento costituito dalle Imprese controinteressate;

- del provvedimento di aggiudicazione dell’appalto;

- dei verbali delle sedute di gara, nella parte in cui hanno condotto all’esclusione del Raggruppamento costituito dalle Imprese ricorrenti e alla conseguente aggiudicazione in favore del Raggruppamento costituito dalle Imprese controinteressate;

in via subordinata:

- del bando di gara e della lettera di invito;

- di tutti gli altri presupposti antecedenti e comunque connessi.

Con motivi aggiunti al ricorso n. 8657/2009, notificati in data 6 novembre 2009:

- del provvedimento di ammissione alla gara delle imprese aggiudicatrici, adottato al termine della fase di preselezione delle concorrenti;

e/o per la declaratoria

di inefficacia dell’eventuale contratto d’appalto, ove stipulato;

nonché per la condanna

della Ferservizi s.p.a. al risarcimento del danno ingiustamente subito dalle ricorrenti;

Visti i ricorsi ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in entrambi i giudizi di Ferservizi S.p.a. e di Controinteressata C. S.p.a.;

Visto l’atto di intervento nel primo giudizio dell’Associazione Nazionale Dopolavoro Ferroviario;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2010 il I ref. Rosa Perna;

Uditi l'avv. Balestreri e l'avv. Racco per Ricorrente s.r.l. e per Ricorrente due s.r.l., l'avv. Vinti e l'avv. Barone per Ferservizi s.p.a., l'avv. Vacirca per l'Associazione Nazionale Dopolavoro Ferroviario e l'avv. Ciampoli per Controinteressata C. s.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Bando di gara spedito alla G.U.C.E. in data 15 gennaio 2009, Ferservizi s.p.a. indiceva una procedura negoziata per l'istituzione di un "accordo quadro" con un unico operatore, per lo svolgimento del "servizio di ristorazione ai dipendenti del Gruppo FS attraverso una rete di circa 120 mense e circa 380 esercizi sostitutivi di mensa ubicati nelle immediate vicinanze di stazioni e impianti ferroviari".

Il valore complessivo dell'accordo quadro risulta pari a euro 280.000.000, per una durata di cinque anni.

Entro il termine previsto dalla lettera di invito, solo due concorrenti presentavano regolare offerta, l'ATI che fa capo a Ricorrente S.r.l. e l'ATI che fa capo a Controinteressata C. S.p.a..

Nel corso della seduta di gara del 5 ottobre 2009, la Commissione procedeva a verificare la conformità della documentazione amministrativa allegata alle offerte con le prescrizioni di legge e con quelle della *lex specialis* di gara.

Al riguardo, veniva riscontrata la conformità alle citate prescrizioni della documentazione presentata dal concorrente n. 1 (ATI Controinteressata C.), mentre, con riferimento all'offerta presentata dal concorrente n. 2 (ATI Ricorrente), veniva rilevata l'assenza di alcune dichiarazioni sostitutive attestanti

L'insussistenza di cause di esclusione in capo a talune imprese indicate, dai consorzi mandanti DLF Ricorrente e Ricorrente due, quali esecutrici materiali dell'appalto.

In particolare, la Commissione rilevava che “.. i Consorzi DLF Ricorrente e Ricorrente due non hanno prodotto la documentazione predetta relativamente alle imprese designate quali esecutrici. Neanche i Consorzi stessi hanno dichiarato/attestato il possesso dei requisiti in capo alle predette esecutrici”.

Nel corso della successiva seduta pubblica del 6 ottobre 2009, la Commissione di Gara procedeva quindi a comunicare la mancata ammissione dell'ATI Ricorrente alle successive fasi per non aver “comprovato/attestato il possesso dei requisiti generali in capo alle consorziate designate quali esecutrici del servizio dal Consorzio RICORRENTE DUE (Ricorrente due Med e Nettuno multi servizi) e dal Consorzio DLF Ricorrente (Asso s.r.l. – Ristobar DLF Pistoia s.r.l. – Dielleffe Group s.r.l. – Dielleffe Servizi s.r.l. in aggiunta a quelle già prequalificate)”. Quanto all'ATI Controinteressata C., risultata ammessa alla successiva fase, si procedeva alla valutazione dell'offerta tecnica e, dopo la verifica dell'offerta economica, la stessa veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria, mentre veniva dichiarata esclusa l'ATI Ricorrente.

Tale determinazione veniva portata a conoscenza dell'A.T.I. Ricorrente con nota di Ferservizi s.p.a. prot. AD/PRT/P/2009/DO06030, trasmessa a mezzo fax in data 7.10.2009.

Con il primo ricorso (RG n. 8657/2009) in epigrafe la società Ricorrente, in proprio e quale mandataria dell'ATI, impugnava, chiedendone l'annullamento: - in primo luogo, l'esclusione della propria offerta e l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'ATI Controinteressata C., unitamente a tutti gli atti di gara, per far valere il proprio interesse diretto all'aggiudicazione della commessa; - in via subordinata, la *lex specialis* di gara, onde far valere comunque il proprio interesse

strumentale alla rinnovazione della procedura competitiva, in ragione della presenza di fatto, nel contesto della procedura negoziata, di due sole offerte valide.

Questi i motivi dedotti:

I) In via principale, in relazione alla tutela dell'interesse a conseguire l'affidamento del servizio, principalmente azionato,

I.1) sulla esclusione dell'ATI Ricorrente dalla procedura di gara.

Violazione e falsa applicazione della legge concorsuale e, segnatamente, del punto III.2.1 del Bando di gara; violazione del generale principio del *favor minimae participationis*;

in subordine: Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 6 della legge n. 241/1990 e dell'art. 46 del D.Lgs n. 163/2006;

I.2) sull'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'ATI Controinteressata C. s.p.a.

Violazione dell'art. 97 Cost.; violazione dei generali principi di trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa;

II) In via subordinata, per la tutela dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara,

II.1) sulla legge di gara

1) Violazione dell'art. 83, comma 4, DLgs n. 163/06;

2) violazione di legge in relazione all'art. 26, comma 6, del DLgs n. 81/2008;

3) violazione dei generali principi in tema di contratti pubblici con riguardo al contenuto delle prestazioni dell'impresa appaltatrice; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto;

3.1) violazione dell'art. 4 del DLgs n. 231/2002;

3.2) violazione dell'art. 1660 cod. civ. e dell'art. 132 del DLgs n. 163/2006;

3.3) violazione da parte di Ferservizi s.p.a. degli accordi raggiunti con il gestore uscente del servizio in ordine alla liquidazione degli investimenti effettuati.

Successivamente, in esito all'accesso alla documentazione del procedimento di gara, eseguito in data 3 novembre 2009 dalle imprese ricorrenti, la Ricorrente proponeva atto di motivi aggiunti, notificati il successivo 6 novembre, avverso il provvedimento, dagli estremi sconosciuti, di ammissione alla gara delle imprese aggiudicatrici, di cui chiedeva l'annullamento per il seguente unico motivo:

violazione e/o falsa applicazione della legge concorsuale e, segnatamente, del punto III.2.1 del bando di gara; violazione dei principi della par condicio tra i concorrenti e dell'imparzialità dell'Amministrazione.

Frattanto anche Ricorrente due Ristorazione e Servizi s.r.l. e Consorzio Ricorrente due S.r.l., imprese mandanti riunite nell'ATI capeggiata da Ricorrente, con il secondo ricorso (RG n. 10241/2009) in epigrafe impugnavano la procedura di gara *de qua*, proponendo le medesime censure di cui al primo ricorso e all'atto di motivi aggiunti.

In entrambi i giudizi si costituiva Ferservizi s.p.a. chiedendo il rigetto dei gravami per infondatezza nel merito.

Nei suddetti giudizi si costituiva altresì Controinteressata C. s.p.a., pregiudizialmente eccependo l'inammissibilità dei ricorsi in epigrafe per carenza di interesse delle imprese ricorrenti, e ne chiedeva la reiezione nel merito.

Nel primo giudizio, inoltre, l'Associazione Nazionale Dopolavoro Ferroviario spiegava intervento ad *adjuvandum*, insistendo per l'annullamento degli atti gravati.

Con ordinanza n. 5293/2009 del 12 novembre 2009, la Sezione respingeva l'istanza di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, proposta incidentalmente con il primo ricorso; l'ordinanza collegiale veniva riformata in appello con ordinanza del Consiglio di Stato n. 6411/2009 del 18 dicembre 2009.

All'udienza dell'11 febbraio 2010 entrambe le cause sono state riservate dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio deve preliminarmente disporre la riunione dei ricorsi in epigrafe indicati per motivi di connessione soggettiva ed oggettiva, avendo tali gravami ad oggetto gli stessi atti di una medesima procedura di gara, ed essendo proposti, rispettivamente, dalla mandataria capogruppo dell'ATI e da due imprese mandanti riunite nella stessa ATI. Peraltro, avendo i ricorsi identico contenuto, la disamina sarà svolta sul primo di essi, e le conclusioni cui si perverrà saranno estese anche al secondo.

Partendo dal primo ricorso, in via pregiudiziale il Collegio deve altresì pronunciarsi sull'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse della ricorrente Ricorrente, sollevata da Controinteressata C. nei propri scritti difensivi.

Quanto al ricorso introduttivo, osserva il Collegio che la ricorrente, contesta ad un tempo sia la propria esclusione dalla procedura di gara sia l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'A.T.I. Controinteressata C.. A tal riguardo, la controinteressata eccepisce il difetto di interesse a ricorrere dell'odierna deducente, quanto all'atto di esclusione dalla gara, perché la ricorrente non avrebbe dimostrato l'interesse concreto alla impugnativa consistente nella circostanza che, in caso di riammissione, la propria offerta si collocherebbe al primo posto in graduatoria; quanto al provvedimento di aggiudicazione, poiché Ricorrente non sarebbe legittimata a proporre contestazioni di sorta con riguardo all'ammissione degli altri concorrenti, essendo legittimamente esclusa dalla procedura.

Entrambi i denunziati profili di inammissibilità sono privi di fondamento.

Il Collegio rileva in proposito che, con i motivi proposti in via principale, la ricorrente contesta congiuntamente e contestualmente la propria esclusione dalla gara e l'aggiudicazione della stessa in favore dell'A.T.I. Controinteressata, in tal modo agendo per la tutela di un interesse diretto all'aggiudicazione della gara, interesse che può trovare soddisfazione, in questa sede giurisdizionale, solo a

seguito e per effetto dell'accoglimento dei motivi di ricorso proposti tanto avverso l'esclusione quanto avverso l'aggiudicazione gravate, con conseguente annullamento di entrambi gli atti e contestuale riammissione della ricorrente alla procedura e successiva aggiudicazione della gara in suo favore, trattandosi di procedura in cui hanno presentato offerta valida soltanto due concorrenti, l'A.T.I. Ricorrente e l'A.T.I. Controinteressata. E invero, come l'esclusione della ricorrente dalla procedura disposta dalla stazione appaltante determinava l'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata, unica concorrente rimasta in gara, allo stesso modo, l'eventuale riammissione della ricorrente con contestuale estromissione della controinteressata a seguito di un eventuale accoglimento del ricorso in epigrafe, condurrebbe alla aggiudicazione della gara in favore dell'odierna deducente; e pertanto sussiste in capo alla Ricorrente, odierna ricorrente, un interesse concreto, diretto e attuale a ricorrere e a contestare, in via principale, sia la propria esclusione dalla procedura di gara sia l'ammissione della concorrente risultata aggiudicataria.

Con il primo motivo, organizzato in una articolata serie di censure, parte ricorrente contesta, in primo luogo, il provvedimento di esclusione dell'A.T.I. Ricorrente dalla procedura di gara, deducendone l'illegittimità per violazione della *lex specialis* di gara (riguardo al punto III.2.I del Bando di gara) e del generale principio del *favor maximae participationis*, nonché, in subordine, per contrasto con il principio di cooperazione di cui all'art. 46 del DLgs n. 163/2006; in secondo luogo, l'aggiudicazione contestuale in favore dell'A.T.I. Controinteressata C. sotto il profilo della illegittima ammissione alla gara della aggiudicataria per violazione dei principi di trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Quanto al primo profilo di censura, la ricorrente lamenta che l'esclusione dell'A.T.I. si basa sulla mancata presentazione, da parte di due soggetti facenti parte dell'A.T.I. medesima (il Consorzio Ricorrente due s.r.l. e il Consorzio DLF

Ricorrente s.r.l.), delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale in capo alle Imprese consorziate indicate quali esecutrici del servizio, con ritenuta violazione del punto III.2.1 del Bando di gara e conseguente esclusione dell'A.T.I. Ricorrente dalla procedura di gara da parte della stazione appaltante.

Secondo la tesi di parte ricorrente, invero, la clausola del Bando invocata da Ferservizi, nel precisare che “in caso di riunione di imprese ... tali requisiti debbono essere posseduti da ciascuna impresa facente parte della riunione stessa”, sarebbe chiara nel senso di imporre, nel caso di partecipazione di concorrenti in forma raggruppata, il possesso dei requisiti di partecipazione in capo a ciascuno dei soggetti raggruppati e non anche in capo a ciascun soggetto facente parte, a propria volta, del singolo soggetto raggruppato.

Tale interpretazione, secondo la Ricorrente, troverebbe conferma in altre clausole del bando e della lettera di invito, e precisamente nei punti III.2.2 e III.2.3 del bando di gara sui requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale (“nel caso di Consorzi di cui all’art. 34 lett. b) e c) del d.lgs n. 163/2006, tutti i requisiti dovranno essere posseduti dal consorzio stesso”) e nella pag. 11 della lettera d’invito, ove si stabilisce, per i Consorzi di imprese, l’onere di dichiarare, nel contesto della busta A, “le imprese consorziate per le quali il Consorzio concorre” e “le quote di servizio (in termini percentuali) che verranno eseguite dalle singole imprese consorziate”.

Pertanto, secondo l’assunto di parte ricorrente, nel caso di partecipazione di Raggruppamenti Temporanei di Imprese, ciascun soggetto raggruppato dovrebbe attestare il possesso dei requisiti di carattere generale; nell’ipotesi di partecipazione alla procedura di gara da parte di Consorzi, i requisiti di capacità speciale (tecnico-professionale ed economico-finanziaria) dovrebbero essere imputati al Consorzio in quanto tale, e non anche alle singole Imprese consorziate; in esito alla chiusura della fase di prequalificazione, i Consorzi dovrebbero attestare unicamente

l'identità delle singole imprese consorziate incaricate dell'effettiva esecuzione del servizio e non anche il possesso dei requisiti prescritti per la fase di prequalificazione (di carattere generale e speciale) in capo alle stesse consorziate.

Di conseguenza, secondo la tesi attorea, nella procedura *de qua* la Commissione di gara avrebbe dovuto dare stretta applicazione al contenuto dispositivo della *lex specialis* di gara e, comunque, ove pure si fosse rinvenuta un'ambiguità o un'incongruenza nella formulazione delle relative clausole, il ricorso al consolidato principio del *favor maximae participationis* avrebbe dovuto impedire l'esclusione dell'A.T.I. ricorrente dalla gara.

Le censure non sono nel loro complesso meritevoli di positivo apprezzamento.

In via preliminare, osserva il Collegio che nella nota in data 7.10.2009, Ferservizi s.p.a. disponeva l'esclusione dell'offerta della ricorrente dalla gara in oggetto "in quanto: - il Consorzio RICORRENTE DUE (mandante del RTI) ha indicato in sede di offerta quali imprese consorziate esecutrici del servizio per la parte di spettanza del Consorzio le imprese Ricorrente due Med s.r.l. e Nettuno Multiservizi s.r.l. senza dichiararne/attestarne il possesso dei requisiti di carattere generale (punto III.2.1 dell'avviso di gara); - il Consorzio DLF Ricorrente (mandante del RTI), alle imprese indicate in sede di prequalifica quali esecutrici del servizio producendo idonea documentazione attestante il possesso dei requisiti di carattere generale (punto III.2.1 dell'avviso di gara), ne ha aggiunte in fase di offerta n. 4 (Asso s.r.l. – Ristobar Pistoia s.r.l – Dielleffe Group s.r.l. – Dielleffe Servizi s.r.l.) senza, tuttavia, in tale sede dichiararne/attestarne il possesso dei requisiti di carattere generale...".

Orbene, dall'esame degli atti di gara, il Collegio evince incontrovertibilmente che due imprese mandanti riunite nell'ATI Ricorrente non hanno dichiarato/attestato il possesso dei requisiti di carattere generale in capo a imprese loro consorziate,

indicate quali esecutrici del servizio e ciò ha costituito legittima causa di esclusione dell'A.T.I. ricorrente dalla gara.

Contrariamente all'assunto di quest'ultima, infatti, la descritta condotta integra una evidente violazione del disposto del punto III.2.1 dell'avviso di gara il quale, in tema di situazione personale degli operatori, inclusi i requisiti relativi all'iscrizione nell'albo professionale o nel registro commerciale, alla lett. d) espressamente dispone che "in caso di riunione di imprese (R.T.I./G.E.I.E./Consorzi di cui all'art. 34 lett. b-c-e DLgs n. 163/2006) tali requisiti debbono essere posseduti da ciascuna impresa facente parte della riunione stessa."

E invero, di fronte al chiaro disposto normativo, risulta agevole ritenere, secondo il significato letterale e logico della richiamata lettera d), che i Consorzi dovessero attestare il possesso dei requisiti di tutte le imprese loro consorziate individuate come esecutrici delle prestazioni scaturenti dal contratto.

Una siffatta lettura della disposizione in esame risulta confermata dal raffronto con la previsione della lettera di invito la quale, al Capo II , pagg. 4 e 5, con riguardo all'ipotesi in cui vi sia una modificazione soggettiva del concorrente tra la fase di prequalifica e l'offerta, dispone che le dichiarazioni del possesso dei requisiti di moralità debbano essere presentate da tutti i soggetti giuridici che assumono il ruolo di mandanti e che non sono stati prequalificati, aggiungendo che "nell'ipotesi in cui uno di questi soggetti sia un Consorzio di cui all'art. 34 lett. b) e c) tali requisiti debbono essere posseduti dal Consorzio e dai Consorziati per conto dei quali il Consorzio concorre".

Dalla congiunta lettura del bando e della lettera di invito, dunque, risulta con chiarezza la sussistenza dell'onere di attestare, in una qualunque fase della gara, il possesso dei requisiti di moralità da parte delle imprese consorziate indicate quali esecutrici dell'appalto, recando la *lex specialis* di gara una specifica prescrizione in tal

sensu e pertanto l'interpretazione seguita dalla Commissione di gara deve considerarsi immune dai vizi denunciati.

Tale onere attestativo, peraltro, oltre che dalle richiamate clausole di gara, discende anche dalle norme di legge in materia di pubbliche gare ed è affermato anche dalla costante giurisprudenza amministrativa.

Invero, secondo la regola generale posta per tutti i tipi di consorzi, siano essi stabili, di cooperative o ordinari, nelle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi i consorzi sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre (artt. 36, comma 5, e 37, comma 7, del D.Lgs n. 163/2006).

Conseguentemente, il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico e della moralità, va documentato e verificato non solo in capo al consorzio, ma anche in capo alle singole imprese consorziate designate quali esecutrici del servizio. Pertanto, quale che sia la forma del consorzio, "è fuori discussione che esso debba dare la dimostrazione, nei modi previsti, del possesso dei requisiti di tutti i consorziati che vengano individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto" (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 21.4.2008, n. 1778; id., 7.4.2008, n. 1485),

Parimenti infondata è la censura con la quale si lamenta la violazione del principio della massima partecipazione alla gara pubblica.

A tal riguardo, il Collegio ha ben presente che la giurisprudenza ammette il ricorso a tale principio solo in presenza di disposizioni ambigue, di non pacifica interpretazione, consentendo un'interpretazione delle disposizioni che regolano la gara la quale consenta la più ampia ammissione dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2001, n. 6250).

Tuttavia, nel caso di specie tale principio non poteva essere invocato per impedire l'esclusione dell'offerta della ricorrente da un lato perché, per le considerazioni già svolte, nessuna ambiguità era presente nella *lex specialis* di gara, dall'altro in quanto, come affermato dal giudice di seconde cure, il principio di massima partecipazione si pone come criterio ermeneutico sussidiario e residuale, applicabile solo in assenza di un'espressa comminatoria di esclusione – ad opera della legge o del bando di gara - mentre recede a fronte del criterio formale che contempla il possesso e/o la documentazione di un determinato requisito di partecipazione “pena l'esclusione” (CGA, Sez. giur., 20.5.2005, n. 448). Diversamente ritenendo, la normativa sui consorzi si tradurrebbe in uno strumento idoneo a consentire, mediante aggregazione in forma consortile di società prive dei requisiti di legge per la partecipazione alle gare pubbliche, l'aggiramento di inderogabili prescrizioni normative discendenti dai principi generali delle procedure di evidenza pubblica (Cons. St., Sez. V, 30.1.2002, n. 507).

Priva di pregio appare altresì l'ulteriore censura secondo la quale, dinanzi alla asserita carenza documentale della ricorrente, la Commissione avrebbe dovuto consentire l'integrazione documentale, ai sensi dell'art. 46 del DLgs n. 163/2006.

Tale norma prevede che “Nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”.

Tuttavia, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, seguito anche da questa Sezione (Sent. 11.4.2005, n. 2640), l'integrazione documentale è ammissibile qualora si sia in presenza di documenti originariamente incompleti, perché in tal caso non si arreca alcun pregiudizio alla *par condicio* tra i concorrenti; nel caso invece della assoluta mancanza di dichiarazioni previste nel bando a pena di esclusione e che attengono a requisiti essenziali per la partecipazione alla gara,

L'integrazione documentale – a sanatoria di un errore originario nella presentazione della domanda – verrebbe ad incidere sulla *par condicio* tra i concorrenti, violando il principio di imparzialità che vige nello svolgimento delle gare. E pertanto “la regolarizzazione documentale può essere consentita quando i vizi siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore solo materiale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti che non sono richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma che si tradurrebbero in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della *par condicio*” (Consiglio Stato, Sez. V, 22.10.2007, n. 5511; id., IV, 19.6.2006, n. 3660).

La giurisprudenza amministrativa ha infatti rilevato che il limite del potere di integrazione documentale nelle gare è costituito proprio dal rispetto della *par condicio* dei concorrenti, con la conseguenza che la richiesta di integrazione e di chiarimenti non deve tradursi in un'indebita sostituzione della stazione appaltante alla diligenza esigibile, da parte di tutti i concorrenti alla procedura selettiva, a produrre la completa documentazione: pertanto il potere integrativo non è estensibile all'ipotesi di presentazione di documenti nuovi oltre il termine fissato dal bando di gara (T.A.R. Marche 28.10.2003, n. 1281; T.A.R. Lazio, sez. III, 11.3.2003, n. 1833).

Per completezza d'analisi, giova aggiungere che in ogni caso, per poter ricorrere all'integrazione documentale, occorre che il bando di gara presenti profili di ambiguità e che l'irregolarità non sia sanzionata a pena di esclusione, elementi questi che, come già rilevato, non ricorrono nel caso di specie.

Con l'ultima censura, rubricata al punto I.2 del primo motivo di ricorso, la ricorrente contesta l'aggiudicazione della gara in favore della odierna controinteressata, deducendo l'illegittimità dell'ammissione alla procedura selettiva dell'A.T.I. Controinteressata C. per asserita incompatibilità ad assumere il servizio

di ristorazione di cui si tratta. Ciò in quanto la società Qui! Group s.p.a., mandante dell'A.T.I. aggiudicataria, controllerebbe la società Q.N. Financial Service e quest'ultima sarebbe nel contempo incaricata da Ferservizi della gestione e del controllo delle registrazioni dei pasti erogati nelle mense e negli esercizi sostitutivi di mensa in favore dei dipendenti del Gruppo FS, in tal modo svolgendo il ruolo di controllore rispetto al soggetto risultato aggiudicatario dell'appalto in controversia. La doglianza non può essere condivisa.

Contrariamente all'assunto della deducente, osserva il Collegio che la società Q.N. Financial Service non risulta svolgere funzioni di controllo sull'operato del soggetto che gestisce l'appalto *de quo*, essendo piuttosto deputata, in base al contratto con Ferservizi e al relativo capitolato tecnico (Appendice 17), a compiti di natura tecnica, aventi ad oggetto dati provenienti dai terminali collocati all'interno delle mense-esercizi sostitutivi, consistenti nel ricevimento, nella elaborazione e nella trasmissione dei dati stessi a Ferservizi, alla quale soltanto competono le successive funzioni di verifica, controllo e gestione per l'effettuazione dei pagamenti dovuti all'appaltatore.

Prima di passare al secondo motivo di ricorso, il Collegio ritiene opportuno interporre l'esame dei motivi aggiunti proposti dalla Ricorrente, che hanno priorità logica rispetto alle residue censure del ricorso introduttivo, in quanto parimenti contestano il provvedimento di ammissione alla gara dell'A.T.I. controinteressata.

Parte ricorrente effettuava, in data 3 novembre 2009, accesso agli atti del procedimento di gara, riscontrando asseriti vizi della procedura che avrebbero dovuto condurre alla esclusione dell'aggiudicataria fin dalla fase di preselezione.

Più precisamente, deduce la società Ricorrente che in fase di prequalificazione, mentre la QUI! Group S.p.a. presentava le prescritte dichiarazioni relative a tutti i soggetti aventi ruolo di rappresentanza della stessa, la Controinteressata C. S.p.a. produceva solo le dichiarazioni attestanti l'insussistenza delle cause di esclusione di

cui all'art. 38 del DLgs n. 163/06 rese da Romano Macca, legale rappresentante della medesima, il quale attestava l'insussistenza a proprio carico delle cause di esclusione di cui all'art. 38 nonché l'insussistenza delle medesime ipotesi preclusive a carico del sig. Roberto C. (nella sua veste di ex Presidente, cessato dalla carica, del Consiglio di Amministrazione della Controinteressata C.), mentre mancherebbero le corrispondenti dichiarazioni di Fabio C., Emanuele Cairo e Marco Pennisi, consiglieri di amministrazione di tale Società.

La censura non appare meritevole di positivo apprezzamento.

Osserva il Collegio che, a norma dell'art. 38, comma 1, lett. c) del DLgs n. 163/06, l'onere della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti in parola incombe, ove si tratti di società di capitali o di consorzi, sugli amministratori muniti di potere di rappresentanza oltre che sui direttori tecnici.

Orbene, dalla documentazione di causa si rileva che, sia al momento della prequalificazione – nel quale la ragione sociale della ricorrente era Controinteressata C. Ristorazione s.r.l. - sia al momento dell'offerta, il potere di rappresentanza legale della società era attribuito soltanto al Presidente e Amministratore delegato Fabio C. sicché - a parte il procuratore firmatario dell'offerta sig. Romano Macca - solo il predetto soggetto era tenuto a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 citato. Nessuna dichiarazione doveva invece essere presentata dai consiglieri di amministrazione Emanuele Cairo e Marco Pennisi, non essendo gli stessi dotati di autonomi poteri di rappresentanza legale e non tenuti, pertanto, a soddisfare gli obblighi dichiarativi di cui all'art. 38 sopra citato.

Ciò premesso, in relazione alla asserita omissione attestativa del dott. Fabio C., il Collegio non può non rilevare che la doglianza di parte ricorrente è infondata in punto di fatto, avendo il soggetto in questione reso la prescritta dichiarazione ex art. 38 in data 13 febbraio 2009, sin dalla fase di prequalificazione. La dichiarazione in questione risulta infatti acquisita agli atti di causa per mezzo delle produzioni

documentali, sia della controinteressata Controinteressata C. (doc. 1), sia di Ferservizi s.p.a. (doc. 10); tale dichiarazione veniva resa in data 13 febbraio 2009, sul modello messo a disposizione dalla società Ferservizi “Facsimile n. 2 bis” ed in essa si attestava l’insussistenza a carico del dott. C. delle cause d’esclusione di cui all’art. 38 del DLgs 163/06.

La suddetta circostanza trova peraltro conferma anche nel verbale n. 1 della Commissione giudicatrice, in data 5 ottobre 2009, concernente le operazioni di verifica documentale svolte in fase di prequalifica (doc. n. 2 della società Controinteressata ; doc. n. 11 di Ferservizi s.p.a.).

In particolare, nella tabella allegata al suddetto verbale, colonna n. 3, si fa riferimento per la società Controinteressata C., alla sussistenza di dichiarazioni ex art 38 del DLgs n. 163/06 rese da n. 2 soggetti e, quindi, non solo dall’istitutore, sig. Romano Macca ma anche dal dott. Fabio C..

Né, alla luce delle produzioni documentali richiamate, appare sostenibile la tesi difensiva di parte ricorrente, secondo cui il riferimento a n. 2 soggetti di cui alla richiamata tabella sarebbe riferibile, non già al numero di soggetti che avevano reso la dichiarazione, bensì al numero di persone in relazione alle quali il sig. Romano Macca aveva reso la dichiarazione, vale a dire sè medesimo e il cessato amministratore Roberto C..

Infatti a comprova che, sulla tabella allegata al verbale delle operazioni di prequalifica, la Commissione si è attenuta al criterio di indicare il numero dei soggetti che avevano reso la dichiarazione e non quello dei soggetti cui la dichiarazione si riferiva, la difesa dell’amministrazione nella memoria depositata il 5 febbraio 2010 evidenzia che tale criterio è stato seguito in particolare, anche per la società Ristodlf S.r.l., consorziata del Consorzio DLF Ricorrente, ove sono stati indicati tre soggetti (dichiaranti) mentre le dichiarazioni rese erano più numerose e riguardavano anche gli amministratori e/o i legali rappresentanti dell’impresa

cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando (cfr., in particolare, le numerose dichiarazioni rese dagli amministratori di Ristodlf relativamente all'inesistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, redatte sui modelli "Facsimile" n. 2 e n. 2bis, depositate in copia da Ferservizi S.p.a.).

Dunque, ove si seguisse il ragionamento di parte ricorrente, dovrebbe ritenersi che solo tre delle dichiarazioni rese da una delle Società mandanti del Raggruppamento istante sarebbero state prodotte e non anche tutte le altre concernenti soggetti diversi.

Pertanto, considerando che la circostanza fattuale, relativa all'assolvimento dell'onere dichiarativo da parte del dott. Fabio C., risulta attestata dal verbale delle operazioni di prequalifica, il Collegio ritiene che ciò costituisca prova sufficiente per dichiarare infondate le censure svolte dalla ricorrente; difatti, considerato che il predetto verbale ha natura di atto pubblico, facente piena prova fino a querela di falso della verità dei fatti in esso riportati, non è possibile, a norma dell'art. 2700 cod. civ., contestarne o confutarne in questa sede il contenuto, come si vorrebbe da Ricorrente s.r.l..

Identiche considerazioni valgono per il documento prodotto con il n. 10 da Ferservizi S.p.a. e con il n. 1 da Controinteressata C., che ove non fosse stato prodotto in gara dovrebbe inevitabilmente ritenersi falso e come tale suscettibile di contestazione nelle apposite sedi giudiziarie.

L'assunto di parte ricorrente, secondo cui il dott. Fabio C. non avrebbe reso la prescritta dichiarazione, pertanto, non merita adesione in quanto in contrasto con la rappresentazione dei fatti e delle operazioni risultante dal predetto verbale.

In relazione a quanto precede, ininfluenti si rivelano le n. 3 dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà – depositate in giudizio da Ferservizi in data 29 gennaio 2010 - rese rispettivamente dai sigg. ri Vito Gurrieri, Antonio D'Ilario, Mariacristina

Valenti e Andrea Valletti, in qualità di impiegati/funzionari della stazione appaltante, tutte volte a confermare la presenza della prescritta dichiarazione sul possesso dei requisiti tra i documenti presentati dalla Controinteressata C. in sede di prequalifica. Tali dichiarazioni, invero, nulla potrebbero aggiungere all'efficacia probatoria del verbale di gara, ove coerenti col suo contenuto e pertanto meramente confermative, mentre non potrebbero sconfessarne il contenuto se in contrasto con esso, attesa la sua valenza di atto pubblico.

In ogni caso, esse si manifestano inammissibili perché, essendo volte a introdurre nel presente giudizio prove testimoniali, non consentite nel processo amministrativo, sono inutilizzabili.

Infine, nessuna prova della inesistenza della dichiarazione del dott. Fabio C. può rappresentare la circostanza, invocata da parte ricorrente, secondo cui detta dichiarazione non risulterebbe indicata nell'elenco dei documenti rilasciati all'A.T.I. ricorrente in sede di accesso; lo stesso verbale di accesso, invero, nell'attestare che si è “provveduto ad effettuare la copia della documentazione richiesta dall'impresa Ricorrente nella precedente seduta di accesso agli atti del 29 ottobre 2009 con le modalità e limitazioni nella stessa indicate manifestando la propria disponibilità sin da ora a *colmare* eventuali errori/carenze di fotocopiatura”, rende evidente che la documentazione resa accessibile in quella sede non esauriva con sicurezza l'intero materiale, di notevole mole e complessità, oggetto della procedura di gara impugnata.

Per le considerazioni sin qui complessivamente svolte, sia il primo motivo di ricorso sia i motivi aggiunti, parimenti spiegati dalla ricorrente a tutela del proprio interesse diretto alla aggiudicazione dell'appalto *de quo*, sono infondati.

Il Collegio deve quindi procedere all'esame del secondo gruppo di motivi del ricorso introduttivo, con cui la società Ricorrente, facendo valere un interesse

strumentale all'annullamento della procedura *de qua*, contesta la *lex specialis* di gara sotto differenti profili.

In proposito va preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata in relazione a tali motivi per asserita carenza di legittimazione della ricorrente a contestare le regole del confronto concorrenziale di una gara dalla quale è stata legittimamente esclusa.

L'assunto, infatti, non è condivisibile in quanto, una volta verificata la infondatezza delle censure proposte in via principale dalla ricorrente, avverso la propria esclusione e avverso l'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata, a tutela del proprio interesse diretto all'aggiudicazione dell'appalto, viene in rilievo come attuale e concreto, trattandosi di gara con due sole offerte validamente presentate (Controinteressata C., aggiudicataria e Ricorrente s.r.l., esclusa), l'interesse strumentale della ricorrente all'annullamento della gara, al fine della sua rinnovazione con possibile aggiudicazione dell'appalto in sede di riedizione della gara mondata dei censurati profili di illegittimità.

Con la prima doglianza si censura la disciplina concorsuale per asserita violazione dell'art. 83, comma 4, del DLgs n. 163/2006, laddove si statuisce che "il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede ...i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi". Deduce al riguardo la ricorrente che la lettera di invito, al capo VIII, ai fini della valutazione delle offerte, riserva 70/100 punti alla componente economica e i residui 30/100 punti al profilo tecnico-progettuale, individuando i criteri di valutazione; tuttavia la medesima lettera d'invito non indicherebbe alcun sub-criterio di valutazione. Tale violazione dell'art. 83, per quanto riguarda i criteri "menu" e "modalità di svolgimento del servizio", condurrebbe altresì ad ulteriori gravi conseguenze, in quanto in ordine a tali criteri l'asserita mancanza di sub-criteri ponderali avrebbe impedito alle imprese concorrenti di individuare *ex ante* i profili di maggior rilievo nella fase valutativa.

La censura va disattesa.

Osserva il Collegio che la lettera d'invito, al capo VIII, individuava una serie di criteri di valutazione dell'offerta tecnica corrispondenti ad altrettanti *items* (rispettivamente: piano delle pulizie, progetto marchio, piano annuale formazione, curricula dei coordinatori del servizio, piano per la gestione delle emergenze, menù, modalità di svolgimento del servizio), con l'indicazione dei punteggi massimi attribuibili per ciascuno di essi.

Ora, va considerato che: a) - i criteri predetti facevano riferimento a profili specifici dell'offerta, chiaramente individuati, per ciascuno dei quali la stessa lettera d'invito, a pag. 12, riportava i riferimenti al Capitolato tecnico da tenere presenti per la formulazione da parte delle imprese della proposta su ciascuno degli aspetti in argomento; b) - per ciascuno dei detti criteri si stabiliva un determinato peso ponderale, da un minimo di 2 punti a un massimo di 10 punti, in dipendenza della rilevanza e dell'importanza in senso relativo del singolo criterio valutativo; c) - sempre a pagina 12, la lettera d'invito aveva cura di evidenziare “che i punti da n. 1 a n. 5 comportano l'elaborazione da parte del concorrente di una proposta progettuale di erogazione dei servizi cui i punti fanno riferimento, mentre i punti nn. 6 e 7 dovranno sostanziarsi in una proposta “migliorativa” rispetto ai servizi minimi indicati ai relativi punti del capitolato tecnico”. Ne consegue che non sussistono, nella specie, le carenze evidenziate a proposito della normativa di gara.

E invero, alla luce delle prescrizioni complessivamente contenute nella lettera d'invito, nonché nel capitolato tecnico dalla stessa richiamato, ritiene il Collegio che gli aspetti da prendere in considerazione nella valutazione delle offerte risultavano individuati con chiarezza e completezza dalla lex di gara, e tali aspetti fungevano da criteri valutativi, ordinati secondo la diversa ponderazione attribuita dal punteggio, indicato nel massimo, a ciascuno di essi attribuibile.

Anche l'ulteriore profilo di censura, relativo ai criteri di cui ai nn. 6 e 7, è da disattendere.

Alle considerazioni sin qui svolte, infatti, vi è da aggiungere che nel capitolato tecnico venivano non solo analiticamente previsti gli standard minimi richiesti, ma altresì indicati gli aspetti che potevano formare oggetto di miglioramento da parte delle imprese, attinenti sia alle modalità di esecuzione e alla tipologia del servizio (art. 22) sia alle variazioni del menù (art. 57), per cui le imprese avevano ben chiaro già *ex ante* quali fossero i profili di rilievo nella valutazione dell'offerta tecnica.

Con la seconda censura parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 26, comma 6, del DLgs n. 81/2008, recante norme sulla "tutela della salute e sicurezza dei luoghi di lavoro", per avere Ferservizi s.p.a. omesso la prescritta indicazione nel bando di gara dell'entità degli oneri relativi alla sicurezza.

Il rilievo non appare convincente, in quanto la procedura di gara riguardava l'affidamento di un accordo quadro che, come tale, non comportava oneri per la sicurezza; in quello stadio della procedura, pertanto, non si rendeva applicabile la disposizione invocata dalla ricorrente, mentre gli oneri per la sicurezza sarebbero stati quantificati successivamente, in relazione a ciascun contratto stipulato in applicazione del contratto quadro in questione.

Con l'ultima doglianza, infine, Ricorrente s.r.l. solleva censure di carattere privatistico, di dubbia ammissibilità in un giudizio amministrativo, relative a clausole dello schema di contratto posto a base della procedura di gara, deducendone il contrasto con talune prescrizioni di legge inderogabili e vincolanti oltretutto con gli accordi negoziali raggiunti tra il gestore uscente del servizio e Ferservizi s.p.a.

Quanto al primo profilo, la ricorrente censura sia la violazione dell'art. 4 del DLgs n. 231/2002, in materia di decorrenza degli interessi moratori nelle transazioni commerciali, sia la violazione dell'art. 1660, comma 2, cod. civ. e/o dell'art. 132 del

DLgs n. 163/2006, in materia di variazioni di opere, lavori o forniture nel corso di esecuzione del contratto. Le censure si palesano inammissibili perché inconferenti nell'economia del presente giudizio, che ha ad oggetto la procedura di gara ad evidenza pubblica, e perché eventualmente proponibili dall'aggiudicatario in sede di sottoscrizione del contratto. Ciò, in quanto, l'eventuale invalidità dello schema di contratto posto a base della gara, non potrebbe comunque ridondare sulla illegittimità della gravata procedura, ma semmai dar luogo, in mancanza di una successiva negoziazione tra le parti, alla automatica sostituzione delle clausole viziate con le corrispondenti previsioni legislative ovvero, ove l'eterointegrazione del contratto non fosse possibile, alla dichiarazione di nullità delle clausole invalide. In merito al secondo profilo, ritiene il Collegio che la censura sia inconferente, in quanto la dedotta violazione degli accordi negoziali raggiunti tra il gestore uscente del servizio e Ferservizi s.p.a. potrebbero rilevare nei rapporti, di natura privatistica, tra i due soggetti dell'accordo e non anche sulla legittimità e, conseguentemente, sulla sorte della gara pubblica indetta dalla stazione appaltante per l'aggiudicazione del contratto quadro.

Anche il secondo gruppo di motivi deve pertanto essere disatteso e il ricorso n. 8657/2009, essendo nel suo complesso infondato, deve essere respinto, unitamente ai motivi aggiunti già esaminati.

L'identità di contenuto con il ricorso n. 10241/2009 comporta la reiezione di detto gravame per le stesse ragioni più sopra evidenziate.

Tenuto conto della natura della controversia e della difficoltà delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di entrambi i giudizi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Sezione III Ter, definitivamente pronunciando, previa riunione, sui ricorsi in epigrafe, così provvede:

- rigetta il ricorso n. 8657/2009 e i motivi aggiunti;
- rigetta il ricorso n. 10241/2009;
- compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Donatella Scala, Consigliere

Rosa Perna, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO